

JACQUELINE MIELKE SILVA

**O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS**

Editora Verbo Jurídico

Porto Alegre
2005



<http://bdjur.stj.gov.br>

**Localização: 347.91/.95(81)
S586d**

Código de barras: STJ00062736

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586d

Silva, Jaqueline Mielke,

O direito processual civil como instrumento de realização de direitos /
Jaqueline Mielke Silva. — Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2005.

424 p.

ISBN: 85-7699-002-4

1. Direito Processual Civil. 2. Filosofia do Direito. 3. Sociologia Jurídica. I

Título. CDU: 341.46



SUMÁRIO

I PARTE A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA/INSTRUMENTAL A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

CAPÍTULO I

A crise do direito na pós-modernidade: a necessidade de superação do paradigma cientificista

1. O Direito na pós-modernidade	32
1.1. A racionalidade científica da modernidade	32
1.2. A Crise do direito na pós - modernidade	37
1.2.1. O processo do mundo contemporâneo e a insuficiência da teoria jurídica originária da modernidade	37
1.2.2. A relação entre Direito e Sociedade	45
1.2.2.1. A racionalidade do direito em Max WEBER: uma ação referente afins	46
1.2.2.2. Direito e racionalidade na concepção de Max WEBER	54
1.2.2.3. O conceito de racionalização em Max WEBER e o direito Moderno	53
1.2.3. A perspectiva de Talcott PARSONS sobre a teoria de Max WEBER	74
1.2.3.1. A revisão da teoria de Talcott PARSONS por Jurgen HABERMAS e Niklas LUHMANN	79
1.2.4 A Teoria da Racionalização de Max WEBER segundo Jürgen HABERMAS	80

CAPÍTULO II

O direito como um sistema autopoietico: uma reação à racionalidade científica da modernidade

2. O sistema jurídico como sistema social	92
2.1. A análise dos sistemas jurídicos	102
2.2. Diferenciação e autonomia na concepção de Niklas LUHMANN	109
2.2.1. A teoria da diferenciação	109
2.2.1.1. Diferenciação segmentaria	111
2.2.1.2. Diferenciação por estratificação	112
2.2.1.3. Diferenciação funcional	114
2.2.1.4. O processo de diferenciação do sistema jurídico	116
2.3. Da autopoiese biológica a autopoiese social	129
2.4. O procedimento como sistema social	134



CAPÍTULO III
**O Direito na pós-modernidade: o agir comunicativo
como consequência do princípio da democracia**

3. A democracia e a necessidade de adequação do direito na pós – modernidade	144
3.1. A crise da democracia	144
3.1.1. A democracia como possibilidade de produção de sentido	152
3.2. Da razão prática à razão comunicativa	154
3.2.1. A tensão entre a faticidade e a validade no interior da linguagem	157
3.2.2. O processo de entendimento	165
3.2.3. A reconstrução das condições de integração social	168
3.2.4. Dimensões da validade do direito	173
3.3. Princípios da democracia e o controle da legitimação das normas	177

II PARTE
**A INTERPENETRAÇÃO ENTRE O DIREITO PROCESSUAL
CIVIL E O MUNDO DA VIDA**

CAPÍTULO IV
**(Re) Leitura do direito processual civil (I): a
aproximação com a sociedade**

4. O direito processual civil à luz das novas exigências de tutela no século XXI	192
4.1. O paradigma cientificista que norteou o Direito Processual Civil moderno	192
4.1.1. Instrumentalidade e efetividade do processo	203
4.1.2. A crise do poder judiciário	206
4.2. A comunicação entre o direito processual civil e a sociedade	208
4.2.1. A fundamentação dos direitos a partir da teoria do discurso	208
4.2.2. A tutela dos direitos básicos dos cidadãos através da teoria do discurso	208
4.2.3. A relação existente entre argumentação racional com princípios morais e éticos	221
4.2.4. A concepção de Direito para Ronald DWORKIN	226
4.2.4.1. A importância das normas, princípios e diretrizes para Ronald DWORKIN	226
4.2.4.2. Crítica de Ronald DWORKIN ao convencionalismo	237
4.2.4.3. Crítica de Ronald DWORKIN ao pragmatismo	238

Localização: 347.91/.95(81)

S586d

Código de barras: STJ00062736



4.2.4.4. O direito como integridade na concepção de Ronald DWORKIN	240
4.2.4.5. Críticas à teoria de Ronald DWORKIN	246
4.2.4.5.1. Crítica a Ronald DWORKIN a partir da teoria de Ovídio Araújo Baptista da Silva (I): a atividade jurisdicional como ato de criação (Ovídio Araújo Baptista da Silva)	246
4.2.4.5.1.1. A segurança jurídica como valor supremo na <i>Civil Law</i>	249
4.2.4.5.2. Crítica de Ronald DWORKIN a partir da teoria de Jürgen HABERMAS (II): A aceitabilidade racional da decisão a partir da argumentação	251

CAPÍTULO V

(Re) Leitura do Direito Processual Civil (II): o papel da jurisdição constitucional no Direito Processual Civil

5. As diversas dimensões dos direitos fundamentais	262
5.1. Os direitos fundamentais de primeira dimensão	265
5.1.1. Os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão	267
5.1.2. Os Direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão	269
5.1.3. Os direitos fundamentais da quarta dimensão	271
5.2. O problema da concretização dos direitos fundamentais	271
5.3. A institucionalização dos Direitos fundamentais na Constituição de 1988	274
5.3.1. O processo de democratização no Brasil	274
5.4. A relação constituição/processo: em busca de uma nova dimensão para o direito processual civil na pós – modernidade	280
5.5. O princípio da proporcionalidade como forma de garantia a efetivação dos Direitos fundamentais	284
5.5.1. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito	286
5.5.2. Princípios de conformidade ou adequação dos meios (<i>geeignetheit</i>)	289
5.5.3. Princípio da necessidade (<i>Erfordelichkeit</i>)	289
5.5.4. O princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil Brasileiro	290
5.6. A proteção aos Direitos fundamentais através da teoria do	

Localização: 347.91/.95(81)

S586d

Código de barras: STJ00062736



agir comunicativo	294
5.7. Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional	301

CAPÍTULO VI

(Re) Leitura do Direito Processual Civil (III): a instrumentalidade do processo x realização de direitos

6. A instrumentalidade do processo e acesso à justiça	311
6.1. O aspecto negativo da instrumentalidade	313
6.1.1. O aspecto positivo da instrumentalidade	315
6.2. O tempo da sociedade globalizada: a necessidade de adequação do Direito Processual Civil	315
6.3. A atividade jurisdicional como ato de criação: a superação da idéia do "juiz boca da lei"	321
6.3.1. A comunicação entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida: Realidade Social x Instrumentalidade	333
6.4. A crise de processo de conhecimento: a necessidade de superação do paradigma que separa a execução da cognição	341
6.4.1. A alterações legislativas introduzidas pelas leis nº s 8.952/94 e 10.444/02: o primeiro passo rumo à superação da distinção cognição/execução	348
6.4.2. O paradoxo criado no sistema jurídico: a sistemática dos artigos 461 e 461-A e o procedimento previsto nos artigos 621 e 632 e seguintes	355
6.4.2.1. A revogação tácita da ação monitoria para entrega de coisa pelo artigo 461-A do Código de Processo Civil	357
6.4.3. A problemática concernente às ações condenatórias para pagamento de quantia certa: a alternativa mandamental	358
6.5. A necessidade de (re) dimensionar o instituto da coisa julgada	360
6.5.1. A segurança jurídica e a relativização da coisa julgada	360
6.5.2. Uma adequada, proteção jurisdicional aos interesses transindividuais: os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, desatrelados da competência territorial do órgão prolator da decisão	366
6.6. A jurisdição de urgência: a necessidade de (re) dimensioná-la	371
6.6.1. A tutela de urgência no sistema legislativo brasileiro e a necessidade de superação do modelo anacrônico de	

Localização: 347.91/.95(81)

S586d

Código de barras: STJ00062736



processo	371
6.6.2. A antecipação de tutela genérica do artigo 273 e a específica dos artigos 461 e 461-A; a necessidade de uniformização do sistema	374
6.6.3. Da flexibilização dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada	376
6.6.4. A desvinculação da antecipação de tutela ao processo de execução	378
6.6.5. A tutela cautelar como instrumento de realização de direitos	379
6.6.5.1. A função do processo cautelar	379
6.6.5.2. A instituição de apenas medidas cautelares inominadas no sistema legislativo: a revogação de todas as medidas cautelares inominadas	381
6.7. A falência do sistema recursal brasileiro	384
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	397

